

RESOLUCIÓN MINISTERIAL R.J. N° 0132/2019
La Paz, 9 de diciembre de 2019

VISTOS:

El Recurso Jerárquico cursante de Fs. 321 347 de obrados, interpuesto por la Empresa Tarijeña del Gas (en adelante EMTAGAS), representada legalmente por Roger Antonio Almazán Farfán contra la Resolución Administrativa RARR-ANH-DJ-ULSR N° 0086/2019 de 25 de abril de 2019, emitida por la Agencia Nacional de Hidrocarburos (en adelante ANH), sus antecedentes, las leyes y los preceptos legales cuya contravención se acusa, y

CONSIDERANDO:

Que, mediante Resolución Administrativa RAR-ANH-DRC N° 0003/2019 de 13 de marzo de 2019, la ANH resolvió:

“PRIMERO.- Otorgar en favor de Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos la Licencia de Operación de Distribución de Gas Natural por Redes en la Región del Gran Chaco del Departamento de Tarija, de forma indefinida a partir de la notificación con la presente resolución, debiendo garantizar la continuidad del servicio a todos los usuarios de Gas Natural por Redes, a efectos de lo cual deberá adoptar todas las medidas necesarias.

SEGUNDO.- Aprobar el Plan de Expansión de Distribución de Gas Natural en la Región del Gran Chaco del Departamento de Tarija presentado por Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos –YPFB, documento que forma parte de la Licencia de Operación otorgada.

TERCERO.- Yacimientos Petrolíferos Fiscales Boliviano –YPFB, para la Distribución de Gas Natural por Redes en la Región del gran Chaco del departamento de Tarija, aplicará:

- I. *Para las categorías Doméstica, Comercial e Industrial los precios máximo y cargos fijos a los segmentos de consumo en el punto de medición para el usuario final, aprobados en disposiciones normativas vigentes para el Departamento de Tarija.*

DIRECCION GENERAL DE CONTROL Y FISCALIZACIÓN

EDIFICIO CENTRO DE COMUNICACIONES LA PAZ PISO 12 – TELEFS.: (591 -2) 2374050

II. Para la categoría GNV se establece lo siguiente:

- Precio al usuario final: 1,66 Bs/m³
- Tarifa de distribución minorista: 0,24 US\$/MPC (0,0586 Bs/m³)
- Aporte al Fondo Nacional del Gas – YPFB: 0,48 US \$/MPC (0,1171 Bs/m³)
- Aportes a los fondos de recalificación y reposición de cilindros y de conversión de vehículos a GNV conforme a las disposiciones vigentes para el Departamento de Tarija.

CUARTO.- Instruir a EMTAGAS entregar a Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos – YPFB, la totalidad de los activos, incluidos los programas (software) de facturación, atención de clientes, documentación correspondiente y otros; así como otros bienes, equipos y materiales relacionados a la distribución de Gas Natural por Redes, utilizados en la Región del Gran Chaco del Departamento de Tarija, conforme a normas aplicables.

QUINTO.- Instruir a Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos –YPFB que en un plazo de ciento ochenta (180) días calendario presente un informe sobre la evaluación del estado actual de los Sistemas de Distribución de Gas Natural en la Región del Gran Chaco del departamento de Tarija, conforme a las disposiciones normativas técnicas vigentes, información que deberá ser remitida por YPFB a la ANH.

SEXTO.- La Agencia Nacional de Hidrocarburos –ANH con la información remitida por Yacimientos Petrolíferos Fiscales –YPFB realizará la ejecución de una Auditoría que determinará todos los aspectos técnicos del Sistema de Distribución de Gas Natural de la Región del Gran Chaco del departamento de Tarija, así como también la propiedad y los valores en libros de los activos relacionados con la actividad de Distribución de Gas Natural por Redes a ser transferidos a YPFB. En función de los resultados de dicha Auditoría, YPFB procederá a efectuar una conciliación y pago si corresponde a EMTAGAS, por el monto de valor en libros de los activos afectados a la Distribución de Gas Natural por Redes.”

Que, contra la referida Resolución Administrativa EMTAGAS interpuso Recurso de Revocatoria, el cual fue resuelto a través de la Resolución Administrativa RARR-ANH-DJ-ULSR N° 0086/2019 de 25 de abril de 2019, disponiendo:



DIRECCION GENERAL DE CONTROL Y FISCALIZACIÓN

EDIFICIO CENTRO DE COMUNICACIONES LA PAZ PISO 12 – TELEFS.: (591 -2) 2374050

“ÚNICO Rechazar el recurso de revocatoria interpuesto por la Empresa Tarijeña del Gas (EMTAGAS), contra la Resolución Administrativa RAR-ANH-DRC N° 0003/2019 de 13 de marzo de 2019, confirmando en todas sus parte el acto administrativo impugnado, de conformidad a lo establecido por el inciso c), parágrafo II del artículo 89 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante D.S. N° 27172 de 15 de septiembre de 2003.”

Que, contra la citada Resolución Administrativa, EMTAGAS presentó Recurso Jerárquico el 13 de mayo de 2019.

CONSIDERANDO:

Que, mediante nota con CITE: ANH 9137 DJ 0380/2019 de 20 de mayo de 2019, la ANH remitió obrados del Recurso Jerárquico a esta Cartera de Estado.

Que, mediante Decreto de 10 de junio de 2019, se dispuso la radicatoria del Recurso Jerárquico, actuación debidamente notificada.

Que, por Decreto de 18 de septiembre de 2019, se dispuso la apertura de un período probatorio de diez (10) días hábiles administrativos.

Que, por memorial de 2 de octubre de 2019, YPFB ratificó todos los argumentos planteados en el Recurso Jerárquico interpuesto.

Que, por Decreto de 17 de octubre de 2019, se dispuso la clausura del período probatorio aperturado.

CONSIDERANDO:

Que, la empresa recurrente fundamenta su Recurso Jerárquico con los siguientes argumentos:

- Sostiene la empresa recurrente que, mediante DS N° 22048 y el Estatuto de Constitución, EMTAGAS se encuentra conformado por la Gobernación de Tarija, el Gobierno Municipal de Tarija y finalmente YPFB.

DIRECCION GENERAL DE CONTROL Y FISCALIZACIÓN

EDIFICIO CENTRO DE COMUNICACIONES LA PAZ PISO 12 – TELEFS.: (591 -2) 2374050

La Ley N° 129 que establece la estructura organizacional del Órgano Ejecutivo del Gobierno Departamental de Tarija determina que las empresas públicas departamentales, componen el órgano ejecutivo por cuanto su patrimonio es propiedad del Gobierno Autónomo Departamental, correspondiendo a este nivel de gobierno la disposición, ya sea entrega, enajenación y/o otra de las modalidades establecidas de sus bienes, en el marco de sus competencia y atribución.

La ANH no se ha pronunciado respecto a la normativa legal sobre la cual sustenta la disposición cuarta de la Resolución Administrativa N° RAR-ANH-DRC N° 0003/2019 de 13 de marzo de 2019, toda vez que de la revisión de las atribuciones y/o funciones asignadas a la ANH establecidas en la normativa específica, no se establece ninguna que faculte a disponer de bienes propios de un nivel de gobierno diferente, vulnerando principios que rigen la autonomía departamental. La ANH, a través de su Disposición Cuarta, se atribuye para si la facultad de instruir la entrega de bienes, equipos, materiales, activos, como si fuesen de propiedad, o como si tuviese atribución para disposición de bienes adquiridos con recursos departamentales. Ninguna de las funciones y atribuciones precedentes citadas, ni una sola de ellas, le da la potestad para poder disponer la entrega de patrimonio ajeno, de bienes y activos que fueron adquiridos principalmente con recursos públicos del Departamento de Tarija. No hay normativa que determine la atribución de poder disponer, u ordenar la transferencia de activos o la disposición del patrimonio de una empresa estatal y que por sus singulares características también es patrimonio del Estado, principalmente del nivel departamental, pues lo que la ANH pretende es instruir se entregue patrimonio de la Empresa, siendo por ello propiedad de la Gobernación del Departamento de Tarija y en menor cuantía también es propiedad de YPFB y del Gobierno Municipal de Tarija. Para poder asumir la propiedad de los bienes y activos que la empresa ha invertido en la Región del Gran Chaco, previamente la ANH, YPFB u otra instancia, deberá resarcir a la empresa en más de 126 millones de bolivianos que es la totalidad de recursos que han sido dispuestos para actividades desarrolladas en la Región .

Otro aspecto que no ha sido considerado por parte de la ANH con carácter previo a emitir la Resolución Administrativa, es que en la región del Chaco del Departamento de Tarija, por efecto de la Ley Nacional 927, y el Estatuto Regional del Chaco, se vienen desarrollando acciones para consolidar la Autonomía, como firma de convenios en

coordinación con el Servicio Estatal de Autonomías, por tanto dicha determinación vulnera el artículo 5 de la Ley N° 031 Marco de Autonomías y Descentralización.

- Sostiene la recurrente que dentro del procedimiento atípico realizado por la ANH, se sostiene en la parte resolutive quinta y sexta de la Resolución Administrativa la realización de procedimientos para la evaluación y determinación del valor de los activos y se tiene que el mismo debería ser efectuado de forma previa y no posterior, mucho menos unilateralmente. Dicho en otros términos, se dispone arbitrariamente la apropiación y transferencia de bienes ajenos y posteriormente recién se va a considerar su valor.
- En la resolución no se hace alusión expresa a la normativa que sustenta la decisiones asumidas en la parte dispositiva, asimismo se solicita la licencia de operación pero se resuelve la entrega de bienes que son propiedad de EMTAGAS, generando un procedimiento que no tiene ningún sustento legal.
- Afirma la empresa recurrente que, se ha vulnerado el elemento motivación del acto administrativo, pues la ANH ha omitido pronunciarse sobre los elementos de hecho y de derecho que han sustentado su determinación, además también se ha vulnerado el elemento de congruencia a través del cual debe haber una estricta correlación entre lo peticionado y lo resuelto y no así como se expresa en la Resolución impugnada que se genera a raíz de una solicitud de Licencia de Operación a favor de YPFB y sin fundamentación alguna se le entrega el patrimonio de EMTAGAS.
- Según la recurrente, el servidor público que tiene la facultad de pronunciarse respecto a un recurso de revocatoria es quien emitió el acto, sin embargo se tiene que quien emite la Resolución Administrativa RARR-ANH-DJ-ULSR N° 0086/2019 de 25 de abril de 2019, es un servidor público distinto al que emitió la resolución administrativa objeto de impugnación.
- Existe un grave error de interpretación del artículo único del Decreto Supremo N° 0021, primero en cuanto se refiere que la instrucción realizada para continuar con las operaciones se constituye en una tolerancia, cabe aclarar que esta instrucción es emitida por el Presidente del Estado Plurinacional de Bolivia, no se constituye en una tolerancia,

DIRECCION GENERAL DE CONTROL Y FISCALIZACION

EDIFICIO CENTRO DE COMUNICACIONES LA PAZ PISO 12 - TELEFOS.: (591 -2) 2374050

por ello existe una errónea interpretación, además que de acuerdo a dicha normativa la responsabilidad para la adecuación a la CPE recae principalmente sobre YPFB, porque al participar dentro de la empresa la adecuación se refleja en el incremento de sus acciones por medios de las vía legales correspondientes al hacer una erogación con la cual se aumente su participación de capital hasta alcanzar el 51% de acciones como lo manda el artículo 363 de la Constitución Política del Estado.

- La ANH ampara la determinación de la transferencia de activos en la Constitución Política del Estado, sin establecer al amparo de qué previsión normativa se fundamenta el despojo de los activos de EMTAGAS, contraviniendo con ello el principio de reserva de ley, además del artículo 110 de la Ley N° 031, es por esa razón que con la finalidad de encauzar la transición hacia la autonomía regional, la Gobernación del Departamento de Tarija ha emitido el Decreto Departamental N° 027/2019 de 1 de abril de 2019, que establece que tiene por propósito definir que la transferencia de los bienes correspondientes a la empresa sean efectuados a favor de la Región Autónoma del Chaco y no del nivel central del Estado.
- Manifiesta que de acuerdo a la normativa departamental, tomando en cuenta que el patrimonio de EMTAGAS forma parte del Gobierno Autónomo Departamental, corresponde al Ejecutivo Departamental la emisión de la normativa reglamentaria así como el ejercicio de la facultad ejecutiva respecto a la materia.
- La ANH, se atribuye para sí la facultad de instruir la entrega de bienes, equipos, materiales, activos, como si fuesen de su propiedad o como si tuviesen atribución para a disposición de bienes adquirido con recursos departamentales y no hace sin considerar que las atribuciones y facultades de la ANH, correspondiendo su rango a una Superintendencia Sectorial.
- Sostiene que la determinación de la ANH es incongruente y contradictoria, toda vez que el análisis realizado en la parte considerativa condiciona la operación de YPFB a la realización y conclusión de auditorías, es decir que se dispone arbitrariamente la apropiación y transferencia de bienes ajenos y posteriormente recién se considerará su valor, pues como ya se ha expresado, tales bienes y activos que son de propiedad de EMTAGAS fueron adquiridos principalmente con recursos departamentales.

DIRECCION GENERAL DE CONTROL Y FISCALIZACIÓN

EDIFICIO CENTRO DE COMUNICACIONES LA PAZ PISO 12 - TELEFS.: (591 -2) 2374050

- La Resolución recurrida, no expresa la normativa que sustente la atribución por parte de la ANH para la disposición de bienes de una empresa pública, la cual genera efectos en la parte dispositiva, es decir, se pretende evitar que, en la presente resolución no exista ninguna consideración que sustente o explique la decisión de generar primero la entrega de bienes del estado, después la generación de un informe por parte de YPFB y para concluir la elaboración de una auditoría por parte de la ANH, donde se determinará si corresponde un pago por lo ilegalmente confiscado, vulnerando con ello el principio de congruencia.
- El artículo 110 de la Ley N° 031 señala de manera clara que las transferencias entre el nivel central del Estado y las entidades territoriales autónomas, constituyen los recursos establecidos, mediante la Constitución Política del Estado y la normativa específica, para financiar las competencias, obligaciones y responsabilidades. Se faculta a las entidades territoriales autónomas a realizar transferencias entre sí, de acuerdo a convenios suscritos por norma del Órgano legislativo de los gobiernos autónomos. Por cuanto la norma prevé que previo a realizar una transferencia de recursos económicos debe suscribirse un convenio intergubernativo, sin embargo sin haberse citado siquiera la existencia de Convenio alguno que haya sido suscrito, se dispone la apropiación de recursos departamentales sin convenio previo.

CONSIDERANDO:

I. Régimen de los servicios públicos.

En principio y a efectos de entender la problemática, se hace necesario remitirse a la conceptualización de los servicios públicos, los principios que estructuran su ejercicio, la normativa que los define y la función y responsabilidad de la ANH como Ente Regulador del sector de hidrocarburos frente a los mismos.

Bajo ese orden de ideas, la Sentencia Constitucional 0013/2006 de 15 de marzo de 2006, emitida por el Tribunal Constitucional Plurinacional, se ha pronunciado respecto a los servicios públicos, señalando, *“todo servicio público tiene como propósito general procurar la atención de las necesidades que originan prestaciones dirigidas a los particulares, individualmente o en su conjunto, que son de interés público y sirven al bien común y de índole tal que imponen que ellas deban ser, en un lugar y tiempo dados,*

DIRECCION GENERAL DE CONTROL Y FISCALIZACIÓN

asumidas por el Estado, pudiendo ser prestados por el Estado de manera directa, bajo el control de éste más o menos activo, y otros por último pueden mantenerse en manos privadas”.

Es en ese sentido, la propia Constitución Política del Estado le ha otorgada la categoría de derechos fundamentales a ciertos servicios, precisando en su artículo 20 que toda persona tiene derecho al acceso universal y equitativo a los servicios básicos de agua potable, alcantarillado, electricidad, gas domiciliario, postal y telecomunicaciones.

Continúa el mismo artículo señalando que se constituye en responsabilidad del Estado en todos sus niveles de gobierno, la provisión de los servicios básicos, a través de entidades públicas, mixtas, cooperativas o comunitarias.

Esta posición encuentra respaldo en la Ley N° 3058 de Hidrocarburos, que establece en su artículo 14 que: *“Las actividades de transporte, refinación, almacenaje, comercialización, la distribución de Gas Natural por Redes, el suministro y distribución de los productos refinados de petróleo y de plantas de proceso en el mercado interno, son servicios públicos, que deben ser prestados de manera regular y continua para satisfacer las necesidades energéticas de la población y de la industria orientada al desarrollo del país.”*

Seguidamente, es menester precisar que de acuerdo a la doctrina en materia administrativa, los servicios públicos tienen como caracteres o principios fundamentales: la continuidad, la regularidad, la uniformidad o igualdad, la generalidad y la obligatoriedad.

Entre estos, considerando la causa que nos corresponde tratar, es necesario poner énfasis en el principio de continuidad del servicio público el mismo que deriva de la esencialidad que los servicios públicos y de interés general tienen para la vida cotidiana. La continuidad significa en todo caso, regularidad, permanencia y no interrupción injustificada. Corresponde a la Administración establecer las obligaciones de continuidad apropiadas para cada servicio (Miguel Sánchez Morón, Derecho Administrativo, p. 766).

Marienhoff ratifica que la continuidad significa que la prestación respectiva no debe ser interrumpida, pues lo contrario podría causarle trastornos al público. La continuidad contribuye a la eficiencia de la prestación, pues solo así será oportuna.



Como consecuencia de lo expuesto, resulta claro que el que presta o realiza el servicio no debe efectuar acto alguno que pueda comprometer, no solo la eficacia de aquel, sino su continuidad. En conclusión, el servicio público por ser tal y por afectar al interés público, debe ser prestado de manera que satisfaga las necesidades que tiene que cubrir, y la Administración debe contar con los mecanismos, expresos o implícitos, para que se obtenga ese resultado.

En materia de hidrocarburos, el principio de continuidad encuentra su conceptualización en el inciso d) del artículo 10 de la Ley N° 3058 de Hidrocarburos que expresamente señala: *Continuidad: que obliga a que el abastecimiento de los hidrocarburos y los servicios de transporte y distribución, aseguren satisfacer la demanda del mercado interno de manera permanente e ininterrumpida, así como el cumplimiento de los contratos de exportación.*

Ahora bien, en el marco de lo expuesto, debe tenerse presente que la garantía del cumplimiento del fin y los caracteres fundamentales que hacen al servicio público se encuentra bajo responsabilidad de los Entes Reguladores considerados como entidades descentralizadas de tipo institucional, caracterizados por exigir el cumplimiento de actividades específicas de servicios. De otra parte, sus potestades están vinculadas con la fiscalización de los servicios, el cumplimiento de las condiciones fijadas en los contratos de concesión o licencias, Títulos habilitantes y cualquier otro instrumento normativo que otorgue la autorización para la prestación del servicio público y el marco normativo sectorial regulatorio, conforme a las atribuciones establecidas en la Ley N° 1600 y las disposiciones normativas vigentes en materia regulatoria.

De manera general, la Sentencia Constitucional 0013/2006 de 15 de marzo de 2006, ha definido a la regulación como: *“la serie de instrumentos mediante los cuales, los gobiernos, establecen requerimientos sobre la libre actividad de las empresas y de los ciudadanos. En ese sentido, las regulaciones son limitaciones impuestas a la libertad de los ciudadanos y de las empresas por presumibles razones de interés público. Las regulaciones, así entendidas, se expresan tanto en leyes como en reglamentos y órdenes o actos administrativos producidos en los diferentes niveles de gobierno o en las organizaciones no gubernamentales o autorreguladas que tengan poderes reguladores delegados.*

La finalidad de la regulación es entonces asegurar que las actividades sectoriales operen con eficiencia para beneficio y resguardo de los usuarios y como consecuencia contribuyan al

DIRECCION GENERAL DE CONTROL Y FISCALIZACION

EDIFICIO CENTRO DE COMUNICACIONES LA PAZ PISO 12 - TELEFS.: (591 -2) 2374050

desarrollo de la economía nacional, ello en atención y observancia del marco normativo sectorial en materia regulatoria.

En materia de hidrocarburos, las atribuciones regulatorias han sido otorgadas a la Agencia Nacional de Hidrocarburos, al amparo de lo previsto por el artículo 356 de la Constitución Política del Estado que establece: *“Una institución autárquica de derecho público, con autonomía de gestión administrativa, técnica y económica, bajo la tuición del Ministerio del ramo, será responsable, de regular, controlar, supervisar y fiscalizar las actividades de toda la cadena productiva hasta la industrialización, en el marco de la política estatal de hidrocarburos conforme con la ley”.*

En ese sentido, es el Estado por intermedio del Ente Regulador del sector de hidrocarburos, responsable por mandato constitucional de garantizar que los servicios públicos, en el caso que nos ocupa, la distribución del gas natural por redes, sea suministrado de manera continua y permanente evadiendo cualquier factor externo que afecte su prestación en dichas condiciones a favor de los usuarios.

2. Con relación a la impugnación de la Resolución N° 0003/2019 de 13 de marzo de 2019.

La determinación asumida por la ANH en la Resolución Administrativa conforme ha sido expuesto en los antecedentes desarrollados, tiene dos efectos jurídicos relevantes, primero otorga Licencia de Operación indefinida a favor de YPFB en la Región del Gran Chaco, luego instruye la entrega de los activos por parte de YPFB a EMTAGAS relacionados con la distribución de gas natural por redes. A tal efecto, corresponde analizar si las determinaciones regulatoria asumidas por YPFB son acordes al ordenamiento jurídico vigente en materia regulatoria.

2.1. Con relación a la Licencia de Operación otorgada a favor de YPFB.

A los efectos delimitados en el punto que precede, se hace necesario establecer la condición de EMTAGAS como operador del servicio de distribución de gas natural por redes en el Departamento de Tarija.

A tal efecto, por Decreto Supremo N° 22048 de junio de 1988, se resolvió:

DIRECCION GENERAL DE CONTROL Y FISCALIZACION

EDIFICIO CENTRO DE COMUNICACIONES LA PAZ PISO 12 - TELEFOS.: (591 -2) 2374050

“ARTÍCULO PRIMERO.- Apruébese la creación de la Empresa Tarijeña del Gas (EMTAGAS), integrada por la Corporación de Desarrollo de Tarija (CODETAR), la H. Alcaldía Municipal de la ciudad de Tarija y Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos (YPFB), así como la respectiva Acta de Fundación suscrita el 3 de junio de 1988 y su Estatuto Orgánico de fecha 14 de junio de 1988 en sus cuatro títulos y veinticuatro artículos.

ARTÍCULO SEGUNDO.- Se reconoce a EMTAGAS la calidad de Empresa Pública de Servicios Descentralizada, con personalidad jurídica propia, autonomía de gestión económica – financiera, administrativa y técnica, con patrimonio propio, duración indefinida y jurisdicción en el departamento de Tarija.”

El año 1989, EMTAGAS suscribió un contrato con YPFB para la distribución de gas natural por redes en el Departamento de Tarija.

En 7 de febrero de 2009, fue promulgada la Constitución Política del Estado, la misma que en su artículo 361 establece:

- I. “Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos (YPFB) es una empresa autárquica de derecho público, inembargable, con autonomía de gestión administrativa, técnica y económica, en el marco de la política estatal de hidrocarburos. YPFB, bajo tuición del Ministerio del ramo y como brazo operativo del Estado, es la única facultada para realizar las actividades de la cadena productiva de hidrocarburos y su comercialización.
- II. YPFB no podrá transferir sus derechos u obligaciones en ninguna forma modalidad, tácita o expresa, directa o indirectamente.”

De su lado, el artículo 300 y 302 de la CPE define como competencias exclusivas de los Gobiernos Autónomos Departamentales como de los Gobiernos Municipales Autónomos:

“Participar en empresas de industrialización, distribución y comercialización de hidrocarburos en el territorio departamental en asociación con las entidades nacionales del sector.”

Al amparo de las previsiones referidas, a través del Decreto Presidencial N° 21, de 25 de febrero de 2009, se resolvió

DIRECCIÓN GENERAL DE CONTROL Y FISCALIZACIÓN

EDIFICIO CENTRO DE COMUNICACIONES LA PAZ PISO 12 – TELEFOS.: (591 -2) 2374050

“ARTÍCULO ÚNICO.- I. A partir de la fecha de publicación del presente Decreto Supremo, se establece un plazo de hasta noventa (90) días, dentro del cual Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos – YPFB, la Prefectura del Departamento de Tarija y los Gobiernos Municipales que participan en EMTAGAS, deberán adecuar las condiciones para la prestación del servicio público de Distribución de Gas Natural por redes a lo establecido en los Artículos 300, 302, 361 y 363 de la Constitución Política del Estado.

II. Dentro del plazo establecido en el Parágrafo precedente se autoriza al Ente Regulador instruir a EMTAGAS continuar con la prestación del Servicio de Distribución de Gas Natural por Redes, en cumplimiento a condiciones y normas operativas aplicadas hasta la fecha.”

En cumplimiento al Decreto Presidencial respectivo, la ANH por Nota SH 1326 DRC 0381/2009 de 2 de marzo de 2009, dispuso:

1. “Por tratarse de un servicio público que no debe ser interrumpido, la empresa EMTAGAS deberá continuar prestando el servicio de distribución de gas natural por redes en todas las poblaciones del Departamentos de Tarija donde actualmente dicha empresa presta el servicio, aplicando para el efecto los Reglamentos aprobados mediante Decreto Supremo 28291 y la Ley de Hidrocarburos 3058.
2. En aplicación del parágrafo I del artículo único del Decreto Supremo mencionado, el servicio de distribución de gas natural en el Departamento de Tarija, será prestado por EMTAGAS, hasta que YPFB, la Prefectura del Departamento de Tarija y los Gobiernos Municipales se adecuen a lo establecido en los artículo 300, 302, 361 y 363 de la Constitución Política del Estado y presenten posteriormente los requisitos establecidos en la Resolución Administrativa SSDH N° 0834/2008 a objeto que se otorgue la respectiva concesión de distribución de gas natural en el Departamento de Tarija, previo el cumplimiento de requisitos.
3. En este periodo, hasta la otorgación de la concesión indicada, EMTAGAS deberá preparar y ordenar toda la documentación correspondiente al servicio de distribución de gas natural en el Departamento de Tarija para su posterior transferencia, consistente en los siguientes aspectos indicativos pero no limitativos:
 - a) Actualización de los valores en libros de los activos de la distribución de gas natural.
 - b) Actualización de inventarios de la infraestructura de distribución y su respectiva documentación técnica (planos, diseños, etc.)
 - c) Preparación de la documentación de orden administrativo y comercial.

DIRECCION GENERAL DE CONTROL Y FISCALIZACION

En el marco de las previsiones arriba descritas, al ingresar en vigencia la Constitución Política del Estado, adoptando un régimen autonómico y una nueva política respecto al manejo de los hidrocarburos, el Supremo Gobierno a través del Decreto Presidencial N° 21 de 25 de febrero de 2009, determinó instruir al Gobierno Autónomo Departamental a Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos – YPFB, y los Gobiernos Municipales, entidades estatales que participan en EMTAGAS, la adecuación al nuevo marco constitucional.

A tal efecto y con el fin de resguardar la vigencia del principio de continuidad del servicio en los términos señalados en la normativa y la jurisprudencia constitucional desarrollada en el punto que precede, se facultó a la Agencia Nacional de Hidrocarburos la instrucción a EMTAGAS de continuar la operación de distribución de gas natural por redes en el Departamento de Tarija, determinación cumplida por el Ente Regulador con la emisión de la Nota SH 1326 DRC 0381/2009 de 2 de marzo de 2009.

En fecha 28 de febrero de 2019, a través de la Nota Cite: YPFB/PRS/GRGD-291; DRG-153/2019 YPFB presentó ante la ANH los requisitos establecidos en el artículo 16 del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Redes, solicitando al efecto Licencia de Operación para la Región del Gran Chaco del Departamento de Tarija.

A tal efecto, a través de la Resolución Administrativa RAR-ANH-DRC N° 0003/2019 de 13 de marzo de 2019, la ANH, resolvió:

“PRIMERO.- Otorgar en favor de Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos, la Licencia de Operación de Distribución de Gas Natural por Redes en la Región del Gran Chaco del Departamento de Tarija, de forma indefinida a partir de la notificación con la presente Resolución, debiendo garantizar la continuidad del servicio a todos los usuarios de Gas Natural por Redes, a efectos de lo cual deberá adoptar todas las medidas necesarias.”
(.....)

Es decir que, en virtud a la determinación regulatoria adoptada por la Agencia Nacional de Hidrocarburos, en atención a la solicitud de YPFB, se otorgó Licencia de Operación con plazo indefinido a favor de la referida empresa estatal en la Región del Gran Chaco, no obstante que a la fecha de la emisión y posterior notificación de dicho acto administrativo EMTAGAS se encontraba en operación en dicha jurisdicción.

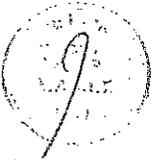
A tal efecto, se advierte que la ANH a tiempo de la otorgación de la Licencia a favor de YPFB no consideró la vigencia del Decreto Presidencial N° 21 y la nota de autorización provisional del servicio de distribución de redes de gas, extendida por el propio regulador, que si bien, tenía un carácter transitorio, su objeto, vale decir la adecuación al nuevo marco constitucional por parte de las entidades estatales a las que dicha previsión hace referencia, no se había agotado, por tanto, aún subsistía su vigencia.

Dicho en otras palabras, la prestación del servicio por parte de EMTAGAS, estaba condicionada a la adecuación a las previsiones normativas establecidas en la Constitución Política del Estado, en el marco del Decreto Presidencial, arriba referido, es decir que, al no haberse adecuado EMTAGAS al nuevo marco constitucional, la autorización provisional otorgada por la ANH a favor de EMTAGAS, a través de la Nota SH 1326 DRC 0381/2009 de 2 de marzo de 2009, se mantenía vigente hasta el cumplimiento de la condición para su levantamiento, conforme lo prescrito expresamente por la referida normativa.

Nótese, que el Decreto citado no establece que el derecho provisional de prestación de servicio otorgado a favor de EMTAGAS puede en algún caso perderse a causa de la otorgación de Licencia de Operación a favor de otro operador.

A más de ello, debe considerarse que el acto a través del cual se autorizó la operación de manera transitoria a favor de EMTAGAS, se encuentra estable en sede administrativa, toda vez que no fue sujeto a impugnación o cuestionamiento alguno en su momento por parte de YPFB en el marco de las previsiones establecidas por el Reglamento a la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo para el SIRESE, aprobado por el Decreto Supremo N° 27172, convalidando con ello la determinación asumida en el mismo.

En mérito a lo señalado, la ANH se encontraba imposibilitada de otorgar la Licencia de Operación para el área de la Región del Gran Chaco a favor de YPFB, en razón de que a la fecha de la emisión del acto administrativo en cuestionamiento el Decreto Presidencial 21 y la Nota SH 1326 DRC 0381/2009 de 2 de marzo de 2009, aún se encontraban en vigencia, asimismo se obvió que a tiempo de aprobación existía un operador autorizado por el Ente Regulador en el área de operación concedida a favor de YPFB.



DIRECCION GENERAL DE CONTROL Y FISCALIZACION

EDIFICIO CENTRO DE COMUNICACIONES LA PAZ PISO 12 - TELEFS.: (591 -2) 2374050

Por ello, corresponde aceptar el agravio planteado por la empresa recurrente, conforme el análisis realizado precedentemente y en su mérito disponer la revocatoria de los actos administrativos impugnados con relación a la Licencia de Operación otorgada a favor de YPFB para la distribución de gas natural por redes en la Región del Gran Chaco.

2.2. Sobre la instrucción a EMTAGAS de entrega de los activos relacionados a la Distribución de Gas Natural por Redes a favor de YPFB.

Otro cuestionamiento de EMTAGAS en el recurso interpuesto, versa en la ausencia de competencia o en su caso de disposición normativa que permita a la ANH, como Ente Regulador del sector de hidrocarburos, instruir la entrega o transferencia de bienes a favor de un tercero, en consideración de que el traspaso y disposición de bienes públicos se regula a través de normativa específica.

Al respecto, se tiene que la ANH en la Resolución Administrativa RAR-ANH-DRC N° 0003/2019 de 13 de marzo de 2019, resolvió:

“(.....)”

CUARTO.- Instruir a EMTAGAS entregar a Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos – YPFB, la totalidad de los activos, incluidos los programas (software) de facturación, atención de clientes, documentación correspondiente y otros; así como otros bienes, equipos y materiales relacionados a la distribución de Gas Natural por Redes, utilizados en la Región del Gran Chaco del Departamento de Tarija, conforme a normas aplicables.

QUINTO.- Instruir a Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos – YPFB que en un plazo de ciento ochenta (180) días calendario presente un informe sobre la evaluación del estado actual de los Sistemas de Distribución de Gas Natural en la Región del Gran Chaco del departamento de Tarija, conforme a la disposiciones normativas técnicas vigentes, información que deberá ser remitida por YPFB a la ANH.

SEXTO.- La Agencia Nacional de Hidrocarburos – ANH con la información remitida por Yacimientos Petrolíferos Fiscales – YPFB realizará la ejecución de una Auditoría que determinará todos los aspectos técnicos del Sistema de Distribución de Gas Natural de la Región del Gran Chaco del departamento de Tarija, así como también la propiedad y los valores en libros de los activos relacionados con la actividad de Distribución de Gas

DIRECCION GENERAL DE CONTROL Y FISCALIZACION

Natural por Redes a ser transferidos a YPFB. En función de los resultados de dicha Auditoría, YPFB procederá a efectuar una conciliación y pago si corresponde a EMTAGAS, por el monto de valor en libros de los activos afectados a la Distribución de Gas Natural por Redes.”

A través del acto administrativo de referencia, la ANH instruyó la entrega a favor de YPFB de la totalidad de los activos relacionados a la distribución de Gas Natural por Redes, utilizados en la Región del Gran Chaco del Departamento de Tarija. A tal efecto, se estableció que la ANH elabore de una auditoría para establecer la propiedad y los valores en libros de los activos relacionados al servicio, con la finalidad posterior de realizar una conciliación y pago si corresponde a favor de EMTAGAS.

Dicho en otras palabras, la ANH instruyó que YPFB opere con los activos afectos al servicio público con los que hasta ese momento se encontraban en posesión y operación EMTAGAS.

En tal sentido, se entiende que la determinación de la ANH al respecto, tuvo por fin garantizar la continuidad y regularidad del suministro del servicio de gas natural por redes en la región del Gran Chaco, que debía ser prestado inmediatamente por el nuevo operador, vale decir, YPFB.

No obstante a aquello, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley N° 1178, de 20 de julio de 1990, de Administración y Control Gubernamentales, el Sistema de Administración de Bienes y Servicios establece la forma de contratación, manejo y disposición de bienes y servicios del Estado.

A tal efecto, el Decreto Supremo N° 181 de 28 de junio de 2019, aprobó las Normas Básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios que se constituyen en el conjunto de normas de carácter jurídico, técnico y administrativo que regula la contratación de bienes y servicios, el manejo y la disposición de bienes de las entidades públicas. Dentro de los Subsistemas que lo componen se encuentra el de Disposición de Bienes que comprende el conjunto, actividades y procedimientos relativos a la forma de decisiones sobre el destino de los bienes de uso, de propiedad de las entidades, cuando éstos no son ni serán utilizados por la entidad pública.

En tal sentido, más allá de que los bienes de EMTAGAS dispuestos para su entrega a favor de YPFB, se encuentren afectos al servicio público de distribución de gas natural por redes, no

DIRECCION GENERAL DE CONTROL Y FISCALIZACIÓN

EDIFICIO CENTRO DE COMUNICACIONES LA PAZ PISO 12 - TELEFS.: (591 -2) 2374050

puede dejarse de lado que los mismos revisten un carácter público, por ello se encuentran sujetos al régimen de disposición establecido en la Ley N° 1178 y el Decreto Supremo N° 181.

A tal efecto, sin ingresar a cuestionar las atribuciones regulatorias de la Agencia Nacional de Hidrocarburos como Ente Regulador del servicio público de hidrocarburos, no puede desconocerse la situación especial y de prevalencia de los bienes de la empresa departamental, que conforme la normativa referida no podían ser dispuestos sin antes sujetarse al régimen de transferencia establecido en la normativa específica, a más de ello tampoco la ANH ha establecido que disposición normativa posibilita que dicha determinación pueda realizarse a través de un acto administrativo.

Al respecto, la ANH manifiesta que no se dispuso la transferencia sino la entrega de los bienes, cuya conceptualización y efecto jurídico es diferente, no obstante, si bien inicialmente la ANH instruyó únicamente la entrega de bienes, no es menos evidente que la misma supone una transferencia posterior que será efectiva con los resultados de la auditoría, determinación que como bien ya fue manifestado no contempló el régimen normativo para el tratamiento de los bienes públicos que necesariamente obliga a las partes a consensuar su transferencia a través de los instrumentos normativos y los procedimientos recogidos en la normativa aplicable, situación en el caso que nos ocupa no ocurrió.

Lo señalado pone en evidencia el carácter particular del acto administrativo en análisis que en atención a la normativa de disposición de bienes, con carácter previo a su emisión, debió contemplar el régimen público de los bienes al cual se encuentran sujetos, que no pueden tener el mismo tratamiento que un bien de carácter privado.

La omisión advertida, enerva la legalidad de los actos administrativos impugnados en los términos establecidos en el análisis realizado en los párrafos que anteceden, por ello corresponde a esta instancia en revisión establecer la revocatoria solicitada por la empresa recurrente.

4. Otras consideraciones

En mérito al análisis realizado y las determinaciones asumidas por esta instancia en los puntos que preceden, dadas las características particulares de los actos administrativos impugnados, se hace necesario pronunciarse con relación a los siguientes aspectos:

DIRECCION GENERAL DE CONTROL Y FISCALIZACIÓN

EDIFICIO CENTRO DE COMUNICACIONES LA PAZ PISO 12 - TELEFOS.: (591 -2) 2374050

Con relación al derecho de operación de EMTAGAS en la jurisdicción del Gran Chaco, corresponde señalar que dicha empresa se encuentra sujeta a un régimen provisional de operación, toda vez que a la fecha no cuenta con Licencia de Operación, en el marco del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Redes, aprobado por el Decreto Supremo N° 1996, situación que debe ser regularizada en el marco de las previsiones contenidas en la Constitución Política del Estado, la normativa sectorial aplicable y el propio Decreto Presidencial N° 21.

Asimismo, no puede dejarse de lado el hecho de que a la fecha YPFB se encuentra operando en la Región del Gran Chaco y que a tal efecto ciertamente comprometió inversiones, las mismas que en virtud a las atribuciones regulatorias de la ANH deberán ser consideradas en los términos normativos que en el caso correspondan.

Finalmente, le corresponderá al Ente Regulador, adoptar las medidas regulatorias que al efecto sean necesarias para garantizar la vigencia de los principios de continuidad y regularidad del servicio, minimizando cualquier evento que pueda afectar la normal provisión del servicio, a efectos del cumplimiento de la presente Resolución Ministerial.

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo anteriormente expuesto, de la revisión de los antecedentes y el análisis de los argumentos de la empresa recurrente, se determina que la Agencia Nacional de Hidrocarburos, contravino el ordenamiento jurídico con la emisión de las Resoluciones Administrativas impugnadas, toda vez que tal cual se analizó en el considerando precedente, por lo que corresponde aceptar el Recurso Jerárquico interpuesto, al amparo de lo previsto por el artículo 91 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Sectorial, aprobado por el Decreto Supremo N° 27172 de acuerdo al análisis y recomendación del informe legal MH/DGCF/RJ/INF N° 125/2019 de 9 de diciembre de 2019.

POR TANTO:

El Ministro de Hidrocarburos en uso de sus atribuciones conferidas por los Decretos Supremos N° 29894 de 7 de febrero de 2009, Decretos Supremos N° 3058 de 22 de enero de 2017, y N° 3070

DIRECCION GENERAL DE CONTROL Y FISCALIZACION

EDIFICIO CENTRO DE COMUNICACIONES LA PAZ PISO 12 - TELEFS.: (591 -2) 2374050

de 1 de febrero de 2017, D.S. N° 0071 de 9 de abril de 2009, y demás disposiciones legales y normativa en vigencia,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: ACEPTAR el Recurso Jerárquico interpuesto por la Empresa Tarijeña del Gas EMTAGAS, representada legalmente por Roger Antonio Almazán Farfán contra la Resolución Administrativa RARR-ANH-DJ-ULSR N° 0086/2019 de 25 de abril de 2019, revocando totalmente dicho acto administrativo y en su mérito la Resolución Administrativa RAR-ANH-DRC N° 0003/2019 de 13 de marzo de 2019, ambos actos administrativos emitidos por la Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH).

ARTÍCULO SEGUNDO: Instruir a la ANH la ejecución de una Auditoría que establezca las inversiones realizadas por YPFB en la Región del Gran Chaco durante el periodo de operación, las mismas que deberán ser reconocidas por el operador que se haga cargo del servicio de distribución de gas natural por redes en la Región del Gran Chaco.

Regístrese, comuníquese y archívese.


Ing. Víctor Hugo Zamora Castedo
MINISTRO DE HIDROCARBUROS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

Es conforme


Marcela Cortez Arnold
DIRECTORA GENERAL DE
CONTROL Y FISCALIZACIÓN
MINISTERIO DE HIDROCARBUROS

MCA